3 301

POR EL MARQVES DE VALENZVELA DON Luys Fernandez de Cordoua y Ayala, Cauallero de el Orden de Calatraua.

EN EL PLEYTO,

Con el Duque de Sessa, y de Vaena D. Antonio Fernandez de Cordoua, y Roxas, Cardona, y Aragon.

A que ha salido por el interes de la Real Camara

EL FISCAL DE SV MAGESTAD DE LA Real Chancilleria de Granada.

Impresso en Granada, en la Imprenta Real, Por Baltasar de Bolibar, En la calle de Abenamar. Año de 1658.

PRETENDE El Duque en la demã da que ha pueſto a el Marques de Valençuela en eſta Corte, que cõtrauino a la tranſacçion que por el año paſſado de 1578. otorgaron doña Franciſca Fernandez de Cordoua, Duqueſa de Seſa, y don Luys Fernandez de Cordoua, Alferez mayor de Granada, cõ auer intentado pleyto el año de 613. ſobre la ſuceſsion del Eſtado de Vaena, y Cabra, y que incurriò en las penas convencionales de dicha tranſaccion, que fueron de 60U. ducados, los 40U. para la parte obediẽte, y los 20U. para la Camara de ſu Mageſtad. Y mas en otros 60U. ducados de daños, gaſtos, y coſtas, que por auer acudido a la defenſa del pleyto, ſe le cauſaron a el Duque dõ Luys Fernandez de Cordoua, padre del Actor, y que el Marques deue ſer condenado en todo.

2 ¶ Y el Fiſcal de ſu Mageſtad ha ſalido coadjuvando eſte derecho, pretendiendo, que los 20U. ſe deuen aplicar a la Real Camara.

3 ¶ Cõ diuerſas excepciones ſe defiẽde el Marques; vnas que miran a excluir el intento del Duque, por no ſer parte, ni auer reſultado daños del pleyto; y otras, por ſer comunes a deſvanecer en el todo los derechos de ambos Actores; las quales con diſtincion referiremos, para mayor claridad deſta alegacion.

Fundamentos de la Demanda.

4 ¶ El Duque ſe vale para demoſtracion de ſu derecho, de que las penas conuencionales pueſtas en los contractos, y tranſacciones de conſentimiento de las partes, es licito pedirlas a el que contrauiene, por el que fuere obediente a el cumplimiento de lo pactado.

5 ¶ Iure communi, *ex l. qui Romæ, §. fin. ff. de verb. oblig. l. hæredes, §. in illa, & §. idem iuris, ff. famil. erciſcun. l. qui fidem, ff. de tranſact.* illic: *Qui fidem licitæ tranſactionis rupit, non exceptione tantum ſubmouebitur, ſed & pœnam, quam ſi contra placitum fecerit, rato manente pacto, ſtipulanti rectè promiſerat, præſtare cogetur. l. cum proponas 17. l. promiſsis 37.* ibi: *Promiſsis tranſactionis cauſa nõ impletis, pœnã in ſtipulationem deductam, ſi contra factum fuerit, exigi*

poſſe

posse constat, & l. si quis maior 41. C. de transaction.

6 ¶ Lo mesmo aprueuan las leyes de Partida, videlicet, *l.34.* ibi: *Fueran ende si quando hizo la promission se obligò diziendo, que fuesse tenudo a todo, a pechar la pena, è a cumplir la promission en todas guisas, quantas vegadas viniesse contra el pleyto. Ca entonce bien se puede demandar la pena, e la cosa prometida. & l.38. in princip. & l. fin. tit. 11. part. 5.*

7 ¶ Et denique las de nuestro Reyno, como son *l.68. Taur.* que habla en pena de commisso, quæ est *l.1. tit. 15. lib. 5. Recopil.* vbi Anton. Gom. *num.* 4. Y en las convencionales la *l.3. tit. 26. lib. 8. Recopil.*

8 ¶ Y el Fiscal de su Magestad dirà, que esto tambien procede en las que por los particulares se aplican a el Fisco, *l. 1. in fine, ff. de iure fisci*, ibi: *Vel pœnam fisco ex contractu priuato deberi. l. arbiter 42. ff. de arbitr. l.18. tit. 19. lib. 8. Ordinam. & dict. l. 3. tit. 26. libr. 8. Recopil.* ibi: *Mandamos, que todos aquellos que se obligaron por compromisso, ò en otra qualquiera manera, a fazer, y cumplir algunas cosas, so ciertas penas para la nuestra Camara, que las tales personas sean tenudas de las pagar auiendo incurrido en ellas. Y lo mismo mandamos en las penas que se ponen para la nuestra Camara, por los que se obligan a presentar alguno a la carcel à cierto plazo, y no lo cumplen, que se pueden pedir fasta vn año, despues que incurrieron en ellas, y no despues.*

9 ¶ Maximê, quando la pena no se puso a obligacion de pagar marauedis, que por considerarse interes de vsura, que aumenta la suerte principal, la reprueva el derecho; sino a el hecho de no mover pleyto sobre la sucesion de los estados de Vaena, y Cabra, que se trãsigiô, a que contrauino el Marques, con la demanda que puso, por cuyo menosprecio incurriò en ella, y la deue satisfazer, *l. ne in potestate 26. l. si quis rem 30. ff. de recept. arbitr.* Greg. Lop. *in l.34. tit. 11. part. 5. glos. 2.* Didacus Perez, *in dict. l. 18. tit. 19. lib. 8. Ordinam.*

10 ¶ A que se llega el estar aprouada por su Magestad, con que se considera ser mayor la inobediencia. Menoch. *de arbitrar. casu 260. num. 31.* ibi: *Si ergo ratione contemptus præcepti humani vltra interesse ascendere potest, vt supra diximus; ergo fortius ratione contem-*

tem-

temptus Diuinæ Maiestatis excedere potest, cum plus sit Diuinam Maiestatem, quam præcepta humana cõtemnere.

Excepciones del Marques.

11 ¶ La primera mira à el no ser parte el Duque para deduzir en juyzio la pena, daños, intereses, y gastos que a intentado.

12 ¶ Porque deviendo prouar, que es heredero vniversal del Duque don Luys, sin que baste ser hijo, *l.*1. *ff.quor.bonor.* illic: *Non aliter possessor institui poteris quàm site defuncti filium esse, & ad hæreditatem, vel bonorum possessionem admissum probaueris, l. non ignorat 9. C. qui accus. non possunt.* Lucas de Pen. *in l.*2. *n.*24. *C. de delator. lib.*10. Menoch. *de adipis. pos. rem.* 3. *num.*164. Mascard. *de probation. conclus.* 1253. *nu.* 27. Brunorus à Sole, *quæst. leg.*11. *ex num.*10. Carleu. *de iudicijs, tom.*2. *disp.*4. *num.*22. *in medio.*

13 ¶ Tantum distat averlo hecho, que antes consta de lo contrario, siquidem es cierto que en su vida el Duque don Luys tenia pleyto de acreedores ante vn señor Ministro Superior en Madrid, y que despues de su muerte saliò el Duque don Antonio su hijo oponiendose como acreedor, y pidiò que de los bienes libres que auia dexado, se le pagassen 75U869. reales, q̃ parte auia lastado, y pagado a diuersas personas que corria su satisfacion por quenta del difunto, y los 22U. que auia declarado por su testamento, deuia à el estado, de que se mandò dar traslado a los albaceas, y acreedores, vno destos lo contradixo, y todavia està el pleyto pendiente, como consta de testimonio presentado por el Marques. Rollo fol. 111.

14 ¶ De cuyo acto resulta, que aunque no dixesse por palabras claras: *Abstengome de la herencia de mi padre*, el hecho de auer pedido en el concurso judicialmente como acreedor, lo que se le deuia, es bastante para juzgarla por abstencion, ò repudiacion, ad text. *in l. si præteritus* 15. *ff. de bonor. possess. contr. tabul. l. vt debitum* 5. *cum l. sequenti, C. de hæreditar. action. l.*18. *tit.*6. *part.*6. ibi: *Renunciar puede el heredero la heredad en dos maneras, por palabra, ò por fecho; por palabra, como si dixesse ante que entrasse la heredad, que non*

la

la queria recebir: è de fecho, como si fiziesse algun pleyto ò postura, ò alguna cosa en la heredad, ò en los bienes della, non como heredero, mas como estraño, è como home que lo quiere auer por otra razon.

15 ¶ Bald. *in dict. l. vt debitum, C. de hæredit. action.* illic: *Oppone, quod eo ipso quod petit debitum, repudiat hæreditatem, vt ff. de bonor. poss. contr. tabul. l. si præteritus.* Gregor. Lopez, *in dict. l. 18. part. glos. 2. verbo, razon,* ibi: *Vnde si petat sibi debitum, videtur repudiare hæreditatem.*

16 ¶ Y aunque reconociendo por las excepciones del Marques este defecto, procurò sobresanarlo el Duque, con dar nuevo poder, diziẽdo, que aceptasse la herencia con beneficio de inventario; y para q̃ como tal se continuasse la demanda que auia puesto, no es de momento esta diligencia.

17 ¶ Lo vno, porque auiendo ya abstenidose por el medio referido, no pudo despues obrar lo contrario, no siendo menor de 25. años el Duque, *dict. l. 18. part.* dõde despues de las palabras proximè adducta, prosequitur, illic: *Otrosi dezimos, que auiendo el heredero desechada la heredad que le pertenecie sse por testamento, ò por razon de parentesco, non la pueda despues demandar, nin auer. Fueras ende si el heredero fuesse menor de veynte è cinco años.*

18 ¶ Presertim quando passò tiempo tan dilatado despues de la muerte de su padre, y de la abstensiõ, y aun quando puso la demanda, que fue el de 646. no dixo que lo hazia como heredero, y el poder que otorgô para continuar el juyzio, diziendo que lo quiere hazer con beneficio de inventario, viene a ser en 24. de Mayo de 51. Roll. fol. 125. Tantos años despues, fuera del termino que el derecho asigna, que son tres tantũmodo.

19 ¶ Deducitur ex *l. fin. C. de repud. vel abstin. hæred.* ibi: *Sin autem res alienatæ non sunt: siquidẽ maior annis constitutus est, & tempora restitutionis nulla ei supersunt, intra trium annorum spatio tantummodo huiusmodi ei detur licẽtia.* Et infra ibi: *Quo tẽpore transacto, nullus aditus penitùs ad peternã hæreditatẽ ei reseruetur.* Lo mesmo determina la *l. 20. tit. 6. part. 6.* Azon, *in dict. l. fin.* Bart. ibidem *in prin.* Gregor. Lopez, *in dict. l. 20. part. glos. 4.*

20 ¶ Y lo otro, porque ni consta de inventario que aya fecho el Duque, deuiendo començarlo dentro de 30. dias despues de tener noticia de la muerte de su padre, y acabarlo dentro de tres meses, *l. fin.* vbi glos. *in princip.* verb. *delatam, C. de iure deliberan.* vbi DD. *l. 5. tit. 6. part. 6.* ibi: *E deuen començar a fazer este inuentario a treynta dias desque sopieren, que son herederos del finado, è hanlo acabar hasta tres meses.*

21 ¶ Poniendo en èl enteramente todos los bienes que el difunto dexò, *l. tutores* 24. ibi: *Inventarium rerum omnium,* vbi glos. & D. D. *C. de administra. tutor. l. fin. in prin.* illic: *Inventarium super his rebus, quas defunctus mortis tempore habebat, C. de iure deliber. l. rei appellatione* 23. *& l. bonorum appellatio* 49. *ff. de verb. sign. dict. l. 5. tit. 6. part. 6.* Fanuci. *de invent. 3. part. num.* 33. Menoch. *cons.* 395. *num.* 53.

22 ¶ Aliàs enim quedara sujeto a la satisfacion de las deudas, legados, y demas obligaciones del dicho Duque don Luys, *dict. l. fin. §. si præfatam, C. de iure deliber. & dict. l. 5. & l. 6. & 7. tit. 6. part. 6.* & passim omnes.

23 ¶ Lo qual no es de creer, ni q̃ se reduzga à ello, quando vemos q̃ como acreedor introduxo su derecho en el concurso, y que este dura, y està pendiẽte, con muchos debitos (que reconociendolos los demas hermanos del Duque, no han querido, ni acetar la herencia, ni introducirse en este pleyto) y si tuviera intento el Duque don Antonio de mostrarse heredero, lo manifestara en aquel juyzio que es vniversal, vt ex Bart. Peregr. Valasco, Marescot. Ioan. Garcia, Giurba, & alijs, tradit latè Dom. Salgad. *in labyrint. 1. part. cap. 3. à num. 1.*

24 ¶ Con que justamente opusimos por el Marques en la peticion de excepciones. La primera, diziendo que no era parte, deuiẽdo ante todas cosas legitimar se ad iudicium como heredero, *l. qui stipendia 9. C. de procurat. l. non ignorat 9. C. de ijs qui accus. non poss.* Bart. *in l. 2. num. 3. C. de edict. D. Adrian. tollen.* Maranta *in praxi, part. 4. dist. 20. num. 16.* Dom. Gregor. Lopez, *in l. 3. tit. 10. part. 3. glos. 1.* Auend. *ad l. 3. & 4. tit. de las excepciones, à num. 22. §. primo debet aduertere,* Dom. Castill. *lib. 3. cap. 24. num. 130.* ex multis Carleual *de iudicijs, tom. 2. tit. 2. disput. 4. num. 1.* & sic no

era

era necessario passar a otra, pues era esta concluyẽte para darlo por libre.

Segunda excepcion comun, contra el Duque, y Fiscal.

25 ¶ Quando la antecedente faltara (quod nõ est credendum) representamos, que semejantes penas convencionales, como las de esta transacion, ora se hallen puestas en obligacion de cantidad, ora a cumplimiento de hecho, licet se contrauenga à ellas, de ninguna forma se deuen, nisi quatenus verificare la parte obediente auersele seguido interes, ô daño, en no auerse observado.

26 ¶ Assi ex dispositione Canonica, *cap. suam de pœn.* y por su equidad, Butr. *in cap. dilecti* 4. *nu.* 20. *de arbitris*, vbi Host. & Imol. Ioan. Crot. *in l.* 4. *§. Cato, ff. de verb. oblig. num.* 9. Alciat. *in dict. §. Cato, num.* 125. Marc. Ant. Genuens. *in pract. Ecclesiast. quæst.* 685. *n.* 2. Sarmient. *lib.* 3. *select. cap.* 6. *num.* 10. Cancer. 3. *variar. cap.* 11. *num.* 163. Dom. Larrea, *alleg.* 31. *nu.* 14.

27 ¶ Como (sin embargo del derecho ciuil, de que nos emos opuesto) en los Tribunales seculares, maximè en los superiores, tenent Gram. *cons.* 66. *à numer.* 74. *vbi num.* 76. ibi: *Sed in proposito nulli dubium est, quod debet iudicari secundum æquitatem, cum hodie in omnibus tribunalibus, & Curijs Regijs, respectu pœnarum seruetur illa æquitas Canonica, dict. cap. suam de pœnis. Adeo vt necdum in pœnis iudicialibus, & prætorijs, sed in conuentionalibus etiam non solent exigi pœnæ, nisi quatenus cum interesse concurrant, prout notorium est, ergo cessante interesse, aliqua pœna exigi non potest, maxime cum huiusmodi causa ventiletur in consistorio Principis, qui debet æquitatem amplecti, & secundum illam iudicare.*

28 ¶ Robert. Marant. *in praxi disput.* 7. *nu.* 26. ibi: *Præterea hodie nullam facere differẽtiam inter pænam, & interesse, ex quo secundum cõmunem conclusionem de æquitate non exigitur pæna, nisi quatenus cum interesse concurrit, quod hoc est de stylo sacri Cõsilij, qui pro lege seruatur.*

29 ¶ Petr. Cauall. *resolution. crim. casu* 226. donde auiendose opuesto de la disposicion de derecho, inquit, *num.* 3. *Sed licet ita sit de iure, non tamen seruatur*

tur de consuetudine, nam siue pœna apposita sit obligationi facti, siue quantitatis, nũquam tamen contrauenìens ad ipsam pœnam condemnatur, nisi quatenus interesse concurrat. Y refiriendo a Afflictis, *decis.* 135. *à nu.* 3. prosequitur, ibi: *Dicitque quod ita est stylus Sacri Cõsilij*, & cum Thesaur. *decis.* 79. concludit illic: *Quod hoc iure vtitur Senatus, semperque hunc stylum seruauit.*

30 ¶ Fragos. *de regim. Reipub. lib.* 5. *disp.* 13. §. 8. *num.* 188. *in med. ex Gutier.* inquit: *Ex stylo Curiæ condemnationem pœnæ conuentionalis non fieri, nisi quatenus interest, & non vltra, ideo si probetur inde nullum interesse fuisse sequutum, non deberi pœnam cõuentionalem; deberi autem quando sequitur aliquod damnum, vel præiudicium, vel interesse parti ex conuentione non seruata. Accedit consuetudo vsu recepta, quod similes pœnæ nunquam executioni traduntur, neque exiguntur, quæ consuetudo excusat à pœna.*

31 ¶ Y Mart. *in compendio. decis. tit. de pœnis cap.* 82. ibi: *Siue pœna obligationi quantitatis apposita fuerit, siue facti ad pœnam, Regium Consilium nũquã ad illam condemnare consueuit, nisi quatenus interesse concurrat, & hic stylus legis vim habet.*

32 ¶ Ioan. Bapt. Toro *in compẽd. decis. verb. pœna, tom.* 1. *fol.* 319. ibi: *Pœna adiecta obligationi facti, an de iure debeatur, fuit decissum, pœnam ipsam deberi, quatenus cum interesse concurrat.*

33 ¶ En Francia lo afirma Rebuf. *in repet. l. vnic. C. de sent. quæ pro eo quod interest, gl. in verb. dupli, à num.* 15. ibi: *Tertio siue agatur porpter non factũ, vel malè factũ, & prosequitur, n.* 16. ibi: *Hodie in hoc Regno pœnæ dupli, tripli, & quadrupli non solẽt exigi ob id petitur id, quod re vera interest, & non duplũ, & ita solet in Curijs Franciæ fieri comdemnatio, secundum quod probatum fuerit interesse.*

34 ¶ De stylo Rote Seraphin. *decis.* 809. *nu.* 1. & 7. y auerse determinado assi, lo refiere Peña, *dec.* 845. ibi: *Idem erat iudicium, si pactum continebat pœnam conuentionalem ad quam pœnam de stylo Rotæ non sit condemnatio, nisi quatenus interest, id est pro concurrẽti quantitate damni, & interesse, vt censuit Rota in vna Romana Contrauentionis, die* 26. *Octobris* 1598.

35 ¶ In Consilio Neapolitano Afflict. *decis.*

135.

135.*num.* 3. illic: *Dicebant alij domini, quod licet ita sit de iure, tamen stylus Sacri Consilij est, quod siue pœna sit apposita obligationi quãtitatis, siue facti ad pœnam ipsam, Sacrum Consilium non solet condemnare nisi quatenus interesse concurrat, & iste stylus habet vim legis*, & concludit *numer.*4. *in fine*, ibi: *Et sic fuit pariter votatum quod condemnentur ad dictam pœnã quatenus Ioan. concurrat, quod interesse liquidabitur in executione.*

36 ¶ Refiriendola, y aprouãdo el estilo, Marc. Anton. Genuens. *practicab. Eccles. quæst.*253. *n.*4. ibi: *Id etiam seruatur inter laicos in aliquo Tribunali, quod maximè diligit æquitatem, vt est Consiliũ Neapol. vt tradit Afflit. decis.* 135. *vbi dicit, quod quidquid sit de iure, stylus Sacr. Cons. est, quod siue pœna sit apposita obligationi quantitatis, siue facti ad pœnam ipsam non solet condemnare, nisi quatenus cum interesse concurrat.*

37 ¶ Francis. Viui. *decis.*41 *num.* 4. & 5. ibi: *Quod huiusmodi pœna conuentionalis, quando ponitur stipulationibus facti Hosti. & Butriu. asseruere, quod exigatur quatenus interesse concurrit, vnde non immerito Sacra Regia Audientia terræ Bari iudicauit, conuentum in præsenti iudicio teneri ad interesse ipsi mulieri actrici, seu ad pœnam, quatenus cum interesse concurrat.*

38 ¶ En el Pedemontano, Thesaur. *decis.*79. *per totam, præcipuè num. fin.* ibi: *Per tunc hæc pœna etiã in stipulatum deducta, vel à iudice addicta non debeatur, & hanc distinctionem probauit Senatus, censens pœnam parti addictam non deberi, nisi pro rata interesse legitimi.*

39 ¶ Cesar Barz. *decis. Bonon.*33. *nu.* 15. ibi: *Neque enim æquum esse videtur, vt pœna conuentionalis, extra iudicium promissa, posit exigi, nisi quatenus pars interesse prætendat.*

40 ¶ In eodem met Senatu Scayn. *decis.*22. *n.* 29. & 30. ibi: *Hanc vero, & generalem, & politicam æquitatem vsu receptam esse testatur Afflict. decis.* 135. *neque videtur posse negari, quin etiam receptissima sit in hac ciuitate, nam & si condemnationes quotidie fieri contingat in pœnis conuentionalibus, damnis prætereà,*

rea, & interesse, exactiones tamen pœnarum non alitèr fieri solent, quàm si cum interesse concurrant, cuius consuetudinis, siue styli non parua ratio est habenda, cum sit instar legis, vt in hac ipsa materia considerat Afflict. dict. decis. 135. num. 4.

41 ¶ En Aragon Sesse, *decis. 110. num. 20. & num. 21.* ibi: *Tertio quia iam hodie pœna conuentionalis non debetur, nisi quatenus interest.* Cancer. *tom. 3. var. cap. 11. num. 163.* ibi: *Sed quid mirum? cum & regulariter pœnæ conuentionales non soleant apud suprema tribunalia exigi, nisi quatenus intersit, nec etiam de æquitate Canonica (qua in hac Prouincia vtimur.)*

42 ¶ Los DD. de nuestro Reyno, con entero conocimiento de las Leyes del van en el proprio sentir, vt videre est ex seqq.

43 ¶ Gregor. Lup. *in l. 32. tit. 5. part. 5.* que hablando de la pena del doblo puesta à la promesa de eviccion, inquit *glos. 8. verb. doblo: Neque vnquam in iudicijs vidi per duplam promitti, neque condemnationẽ fieri de dupla.*

44 ¶ Auendaño. *in dictionario lit. P.* ibi: *An pœna conuentionalis possit de iure exigi? & dicendum est quod sic, & ita iure nostro probatur, in l. 31. tit. 5. & l. 34. tit. 11. part. 5. & in l. 215. in ll. styli. De stylo tamen curiarum non fit condemnatio pœnæ conuentionalis, nisi quatenus interest, & non vltra.*

45 ¶ Ioan. Garcia *de expen. cap. 9. num. 62. in fine,* donde tratando de la luctuosa: *proculdubio pactum illud eficaciter seruabitur,* y pasando a nuestra especie, prosequitur illic: *Quamuis enim pœna conuentionalis ex vsu forensi apud suprema tribunalia non mandetur executioni.*

46 ¶ Rodri. *de ann. red. lib. 3. quæst. 5. numer. 10.* ibi: *Non est etiam omittendum, conuentionalem pœnam, de qua agimus ex vsu forensi apud suprema tribunalia non mãdari executioni, nisi quatenus intersit stipulantis creditoris.* Et prosequitur cum Thesaur. *dict. decis. 79. numer. fin. & decis. 98.* ibi: *Quibus locis Thesaurus agit de pœna adiecta quantitatis promissioni a iudice, vel à statuto an debeatur, & exigi à reo possit, & quid si non parti sed fisco soluenda sit, & Auẽd. in diction. verb. pœna conuentionalis, vbi habet, eam*

peti

peti non posse, nisi quatenus interest.

47 ¶ Gutier. *de iuram. confirmat.* 1. *part. cap.* 36. *nu.* 10. ibi: *Inuenio tamen quod de stylo curiarum non fit condemnatio pœnæ conuentionalis, nisi quatenus interest, & non vltra, quæ opinio mihi placet.* Idē, *lib. 2. canon. cap. 20. à num.* 4. ibi: *Ex quibus infertur pœnam conuentionalem adiectā obligationi faciendi, vel non faciēdi, etiā vltra quadruplū rectè exigi potest. De stylo tamen Curiarū non fit condēnatio pœnæ conuētionalis, nisi quatenus interest, & non vltra,* y se refiere a lo que dexava escrito, *in dict. cap.* 36. *de iuram.*

48 ¶ Azeued. *in l.* 4. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recopil. nu.* 57. ibi: *Æstimabitur res ipsa petita, cum executio ex laudo, etiam nondum emologato, ex l. nostra petitur, prout peti potest seruatis nostri textus requisitis, quod est optimum, & singulare ad id, quod inquit Afflict. decis.* 135. *& eo relato Gutierr. de iur. part.* 1. *cap.* 36. *num.* 10. *dicentes, quod pœna in contractu apposita eatenus debetur, quatenus interest partes non contrauenisse.* Et prosequitur *num.* 68. en question ajustada à el caso presente.

49 ¶ Felician. *de cens. lib.* 2. *cap.* 5. *numer.* 13. *in fine*, ibi: *Et accedit, quod iam hodiè pœna conuentionalis, quam securè in quātacumque summa exigi posse Innocentius tradidit in cap. Sacro de sent. excom. non debeatur, neque præstetur nisi quatenus interest.* Y refiere a Afflictis, a Auend. y a Gutier.

50 ¶ Ceuall. *comm. quæst.* 687. *numer.* 6. ibi: *Si verò pœna non fuerit legalis, sed conuētionalis rectè vtroque iure peti potest.* Et postea illic: *Sed hoc est sublimitandum de consuetudine, & stylo Curiarum, & sic nunquam vidimus, quod fiat condemnatio pœnæ conuentionalis, nisi in eo quod interest.*

51 ¶ Hermos. *in l.* 32. *tit.* 5. *glos.* 8. *& 9. vbi à numer.* 6. ibi: *Quod pœna dupli non exigitur, licet sit promissa, nisi quatenus interest, & non vltra,* y auiendo referido a Auend. in dictio. verb. *pœna conuent.* y a munchos de los practicos referidos, prosequitur illic: *Qui omnes apud nos de obseruantia dicti styli, testantur, & hanc opinionem semper Rotam amplexisse dicitur. Barzio, decis.* 33. *numer.* 17. *vbi dicit, quod abhorret ab æquitate præter interesse partem velle etiam*

con-

consequi pœnam, quam iura appellant lucrum inhonestum cum alterius iactura. Y oponiendose de algunos que lleuaron lo contrario, con circunstancias particulares, concludit ibi: *Et à prima opinione, quæ communiter recepta est, & magnam habet æquitatem in iudicando, & consulendo non recedas.*

52 ¶ Carleual *de iudic. tom. 2. lib. 1. tit. 3. disput. 3. num. 22.* ibi: *Illud hac in re certum est, obtinuisse superiorem quorundam Tribunalium consuetudinem, vt pœna conuentionalis non exigatur, nisi quatenus cum vero interesse concurrit, ex quo videtur inutilis præcedens controuersia*, vbi quam plurimos congerit, iterumque *disput. 8. num. 13.* Idem confirmat.

53 ¶ Dom. Larrea, *allegac. Fiscal. 31. à nu. 11. vbi num. 12.* ibi: *Et pœnam conuentionalem solùm esse referendam ad interesse, maximè in iudicio bonæ fidei, in quo æquitati, & bonæ fidei repugnat amplius, quàm interesse petere. Afflictis, decis. 135. & num. 14.* ibi: *Et generaliter pœnæ conuentionalis exactionem non admitti, tanquam lucrum cum aliena iactura.* Et prosequitur per totam allegationem.

54 ¶ August. Barb. *in collect. ad dict. cap. suã 11. de pœnis, numer. 5. in fine,* ibi: *Quamuis aliàs pœna conuentionalis de rigore iuris exigi possit, siue intersit, siue non, concurrentibus tamen supradictis requisitis, eatenus pœna conuentionalis exigitur, quatenus interest, & non vltra. Auend. in dict. verbo pœna conuentio. affirmans de stylo Curiarum non fieri condemnationem in huiusmodi pœnis, sequitur Azeued. in l. 4. tit. 21. lib. 4. Recop. à num. 57.*

55 ¶ Tandem etiam, por practica comun, y materia sin dificultad, ni duda, lo asienta Heuia Bolan. *in curia, Philip. tom. 2. lib. 2. cap. 2. num. 8.* ibi: *Aunque de derecho se deuia la pena conuencional, segun vnas leyes de Partida: Empero de estilo de las Cortes de los Principes, y demas Tribunales (que tiene fuerça de ley) no se deue, sino en quanto al interes de la parte, y no mas.*

Contra el Fiscal de su Magestad.

56 ¶ Lo qual, no solo procede en las penas que se ponen a fauor de la parte; verum similitêr, en las que se aplican para la Camara, y Fisco, ex sequentibus.

Tùm.

57 ¶ Tùm, porque no deuiendo la pena el que se obligò, hastaque se aya declarado auer incurrido en ella por la contrauencion, sicuti in fisco deducitur, ex *l. eius qui delatorem 29. ff. de iure fisci*, illic: *Nec enim exinde perit causa, ex quo redempta est, vel actio perimitur, vel condemnatio facta videtur: verum opportet constare prius, & de crimine pronuntiare*; Et in hæresi, *c. cum secundum 19. de Hæretic. lib. 6.* ibi: *Ante quam per Episcopum loci, vel aliam personam Ecclesiasticam, quæ super hoc habeat potestatem, sententia super eodem crimine fuerit promulgata.*

58 ¶ Muestranlo las propias leyes Reales, como son *l. 216. styl. Tel Iuez, despues por sentencia gelo mãdare pagar con la pena, & l. 18. tit. 19. lib. 8. ordinam.* ibi: *Las tales penas sean tenidas a pagar las personas que en ellas cayeren, è incurrieren, & l. 3. tit. 26. lib. 8. Recop.* ibi: *Que las tales personas seàn tenidas de las pagar auiendo incurrido en ellas, y lo mesmo mandamos en las penas que se ponen para la nuestra Camara, l. 77. Taur.* & alię congestæ â Mier. 1. *part. quæst.* 1. *à num.* 271. plures cumulat Noguerol. alleg. 12. nu. 78.

59 ¶ Supuesto que de necessidad auia de preceder juyzio con el que cèlebrò el contracto, por ser la parte formal, è intereassdo en las penas del: si a este no se le deuen, nisi quatenus interest (ex tot congestis) menos a el Fisco, qui non principalitèr, sed accessorie venit, arg. *l. labeo, ff. quemadmod. seruit. amitt. l. 4. C. de posit.* y parece formal text. la *l. non exigemus 2. ff. si quis caution.* Pręcipuè, naciẽdo el derecho del particular, y Fisco de vna mesma obligacion, y clausula, & sic non debet diuerso iure censeri, *l. iam hoc iure, ff. de vulg. l. quamuis, C. de impuber.* cum similibus.

60 ¶ En terminos Crauet. *cons. 693. num.* 16. ibi: *Non obstat tertium argumentum interesse rationem circa fiscum non haberi, quoniam, & si maximè verũ id sit, Fisco tamem pænam deberi non conuenit, vbi debita parte non est, cum accessoriè Fiscus veniat. Secundo respondetur, cum sub eadem oratione, & determinatione positi creditor, & Fiscu[s] [s]it, absurdam rem videri, diuerso eos iure censeri, ita [q]ue si creditori debita pœna non est, neque Fisco eam deberi.*

61 ¶ Sarmient. *lib. 3. selectar. cap. 6. num. 3. vers. Non*

Non obstat, ex aliquibus Giurb. *cons.* 34. *num.* 34. ibi: *Neque pœna à Fisco exigenda est, nisi quatenus interest*, Rodrig. *de an. redditib. dict. quæst.* 5. *lib.* 3. en sus palabras, que estan supr. num. 46.

62 ¶ Thesaur. *dict. decis.* 79. *nu.* 7. *videndus*, & *decis.* 98. *numer.* 2. ibi: *Vltimo adducebatur, quod hæc pars pœnæ Fisco adiecta erat accessoria illius partis, quæ creditori etiam fuerat conuentione promissa, vnde sicut non debetur hæc, ita nec illa, iuxta l. 2. ff. si quis caution.*

63 ¶ Et postea ibi: *Senatus tamen re benè discussa, & intellecta æquitatem quandam (prout solet) amplectens censuit in fauorem debitoris, dicens hanc pœnam non deberi.* Y aunq̃ se opone del text. *in l. Fiscus, ff. de iur. Fisc.* diziendo; *cui non video commode responderi posse.*

64 ¶ Cauall. *dict. casu* 226. *nu.* 9. por los mesmos fundamentos que Craueta, y Thesauro firmiter tenet, no deuerse aplicar parte alguna à la Camara, sino se deue a la parte, y respondiendo, *dict. l. Fiscus*, inquit, *nu.* 14. *in fin. Sed certè parum aut nihil facit in hoc proposito, dict. text. Probat enim, quod Fiscus succedens priuato ex tẽpore, quo succesit, vtitur priuilegio fisci, quod non negatur, sed dicitur, quod ius priuatum in casu nostro non est translatum in Fiscum, sed remanet penes ipsum priuatum, & licet in eo iure Fiscus habeat interesse respectu pœnæ sibi addictæ, illud tamen habet anexum cum interesse partis, & ab illo dependens, & ex illius pacto proueniens, ita vt si non potest priuatus petere, neque etiam possit Fiscus, in quem transit cum eadem qualitate, neque vna, & eadem res diuerso iure censeri debet.*

65 ¶ Postea illic: *Et eodem modo responderi potest ad l. 1. post princip. ibi: Vel pœnam Fisco ex contractu priuato deberi, ff. de iure fisci, quia non inficiatur, quin ex conuentione pœnali priuatorum aliquid in Fiscum venire posit, sed dicitur id procedere eo casu, quo & priuatis actio cõpetat, & non aliàs per dicta superius.*

66 ¶ Y passando a quando està aceptada la pena en nombre del Fisco, concludit *num.* 24. ibi: *Sed negatur in casu nostro, quod commissa sit pœna, nisi quando cum contrauentione concurrit interesse partis, cui obser-*

obseruatum non fuit, si enim partis intersit, pœna incurritur pro rata dicti interesse, quod si non incurrat interesse, nihil nomine pœnæ debetur, & proinde neque Fisco aliquid adquiritur.

67 ¶ Neque oberit la oposicion de que fue aprouada la transaccion por su Magestad, in cuius cōtemptum, parece obrò el Marques con auer dicho contra ella, ex relatis sup. n. 10. Porque respondemos.

68 ¶ Lo vno, con que no puede notarse de libre, y menospreciador de las ordenes, y mandatos del Principe, el que con todo rendimiento deduze en juyzio, y representa las causas que tiene para litigar, sujetandose a lo que se determinare en justicia, sicuti notant Geminian. *in cap. libellis, post glos. ibi. 20. distin.* Bald. *in l. 1. C. de ijs, quæ pœnæ nomi.* Natta, *cons. 339. num. 2. libr. 2.* Cartar. *decis. 130. numer. 11. & 12.* Tiber. Decian. *resp. 14. num. 9. volum. 3.* Riminal. Iunior, *cons. 337. num. 16.* Giurb. *cons. 32. à numer. 25.* Ciriac. *lib. 1. controu. 101. à num. 1. cum seqq.* Capicio Latro, *dict. consult. 1. à num. 55.*

69 ¶ Lo segundo, porque las penas conuencionales, etiam aprouadas por los Iuezes superiores, tambien se limitan a solo el interes, que de su contrauencion se siguiere, pues nunca pierden el origen de auer sido pactadas por las partes. Sic ex Bart. *in l. 2. nu. 14. ff. si quis in ius vocat. non ierit*, vbi Alex. *in prin.* Bald. *in l. si post tres, colu. 3. vers. Quarto oppono, ff. si quis caution.* & ibi Iaso *num. 20.* Cacher. *decis. pedemont. 70. num. 12. & 13.* ibi: *Neque ex eo quod partes ita posteà conuenerint de præstanda cautione, & pœna in casum contrauentionis desinit esse iudicialis, siue prætoria. Quo fit, vt in huiusmodi iudicialibus, siue prætorijs stipulationibus magistratus se intromittat, vt nō committatur pœna nisi intersit.*

70 ¶ Thesaur. *dict. decis. 79. num. 2. vers. Contrarium tamen,* Caball. *dict. casu 226. num. 8.* ibi: *Et prædicta adeò vera sunt, vt procedāt, etiam si à iudice, vel Prætore pœna illa conuentionalis, facto, vel quantitati adiecta cōfirmetur, vel approbetur, nam adhuc eius cōsequutioni locus non erit, nisi quatenus interesse partis concurrat, & pro rata ipsius interesse.*

71 ¶ Et denique corre lo proprio en las confirmadas

das por priuilegio Real, en cuyo caso habla la *decis.* de Afflict. 135. *num.* 1. ibi: *Quidam Venetus egit in Sacro Consilio contra particulares de Monte Fusculo, petendo ab eis ducatos mille quingentos pro pœna ex quo contrauenerunt Regio priuilegio, quod nullus audeat extra regnũ extrahere auellanas sub graui pœna.* Y sin embargo de auerse obligado sub pœna prædicta, aunque contrauiniendo, sacaron vna gran suma fuera del Reyno; determinô el Senado lo que contienen las palabras puestas, supr. *num.* 35.

72 ¶ Genueñ. *in practicab. Ecclesiast. dict. quæst.* 253. donde puesto las palabras supr. *à num.* 36. prosequitur ibi: *Quod est notandum, quia pœna conuentionalis erat roborata priuilegio Principis, quod si ita seruatur à laicis, multo magis ab Ecclesiasticis, qui debent esse sanctiores.*

73 ¶ Tùm etiam, porque la pena desta transaccion, siendo tã excesiua, è inaudita, como de 60ʊ. ducados, mas parece auerse puesto ad terrorem, y para obligar a los que intervinieron en la escritura, y sus sucessores a la obseruancia della, que no para en caso de contrauencion, tratar de cobrarla, sicuti cum Roland. *cons.* 47. *num.* 60. *vol.* 2. Rimin. Iun. *cons.* 137. *numer.* 27. *vol.* 3. Scappa *de iure non scripto, lib.* 5. *cap.* 193. *n.* 5. Hector Capic. Latr. *consult.* 1. *nu.* 54. illic: *Et quod pœnæ magnæ ad timorem, non autem ad exactionem imponantur.* Ciriac. *controuers.* 101. *num.* 15.

74 ¶ Et habetur, tanquam si non fuisset apposita, como en otra de 20ʊ. ducados, con Cagnol. *in l.* 1. *C. si quis ius dicent. non obtemp.* Benedict. de Plotis, *cons.* 3. *volum.* 2. *num.* 3. Gallia, *cons.* 21. *nu.* 4. Farin. *quæst.* 88. *nu.* 29. & alijs idem regens D. Hector Capyc. Latr. *dict. consult.* 1. *nu.* 47. ibi: *Et mulctam ducatorum viginti mille esse equiualentem valori totius causæ, & propterea crudelem, & quando pœna indicta est immoderata, & exessiua, est ipso iure nulla.*

75 ¶ Maximè quando segun derecho para incurrir en pena, necessum est, que preceda culpa, y esta sea proporcionada â aquella, Deuteronom. 25. *num.* 2. & 3. *Iuxta mensuram delicti erit plagarum modus.* Cic. *lib.* 1. *de officijs, num.* 89. ibi: *Cauendum est, ne maior pœna quam culpa sit, cap. non afferamus* 24. *quæst.* 1.

cap.

cap. quæsiuit de his, quæ sunt à mai. part. cap. l. vnica, C. de sentent. quæ pro eo quod interest, ibi: *In alijs autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, vt hoc, quod re-vera inducitur damnum, hoc reddatur*. Et postea illic: *Cum sciamus esse naturæ congruum eas tantummodo pœnas exigi, quæ vel cum competenti moderamine proferuntur, vel à legibus certo fine conclusæ statuuntur, auth. omnes peregrini, C. comm. de success. in fine*, ibi: *Vt in eo puniantur, in quo deliquerunt: aliàs provt culpæ qualitas exegerit puniendi*, Capis. Latr. *dict. consult. 1. num. 46. in fine*, Carleual *tom. 2. lib. 1. tit. 3. disp. 3. num. 29. in fine*, donde junta muchos, que abest in nostra specie, por lo que dexamos aduertido, supr. à num. 68.

76 ¶ Tùm denique, porque licet se replique, que auiendo sido aprouada dicha transaccion por su Magestad, deue perjudicar a todos, *cap. 1. de transact.* D. Molin. & ibi Add. *lib. 3. cap. 9. num.* 20. y salido determinacion del Consejo, y en grado de segunda suplicacion, por la qual se mandò, que el Marques passasse por ella, se deue juzgar tambien en quanto a la pena convencional, para cobrarla de sus rentas, sicuti deducitur ex *l. qui Romæ, §. duo fratres, ff. de verb. oblig.* vbi Ioan. de Imol. *num.* 25. Bart. *in l. Iulianus 60. num. 7. ff. de condiction. indeb.*

77 ¶ Satisfacemos: lo vno, que estas dotrinas (quando faltara el medio principal de la inobseruancia de las penas, de quo latè diximus) se entienden, quando precediendo conocimiento de causa sobre su validacion, oyendo a las partes ordinariamente, se manda guardar por sentencia difinitiua. Lo qual no passò en nuestra especie, donde auiendose opuesto en fuerça de dilatoria por el Duque, el auto fue mandar; *que se repeliesse la demanda del pleyto, y no deuer responder a ella, y obstar à el Marques dicha transaccion*, & tunc Bart. & Imol. afirman deuerse admitir la escusa.

Tercera Excepcion.

78 ¶ Lo otro (y servirà de tercera excepcion) porque lo mas cierto es, que no auiendose ventilado en el primer juyzio de si incurriò, ò no, en las penas el que impugnò la transaccion, si despues se le piden, le es lici-

to, y permite el derecho representar las causas, y fundamentos justos, que le asistieron quando se opuso a el, precipuè si non malignè, y con dolo, lo intentò, que es el que ha de interuenir para incurrirlas, diximus, supr. *num.75.* Et deducitur ex text. in *l. de rebus 48. ff. de recept. arbit.* ibi: *Respondi, peti posse: neque pœnam ex compromisso committi: quod si malignè hoc fecerit, petere quidem potest, sed pœnæ subiugabitur.*

79 ¶ Siquidem est iuris indubitati, que qualquier causa escusa de la pena, *l. 3. §. & generalitèr, de liber. hom. exiben. auth. omnes, C. commun. de successión. glos. 1. in cap. 1. de election. lib. 6.* Iul. Clar. *in §. fin. lib. 5. quæst. 60. à num. 1.* Bursat. *cons. 279. num. 12.* Farin. *tom. 1. quæst. 30. nu. 157.* Menoch. *de recuper. remed. 5. num. 48.* ex multis Giurb. *cons. 39. num. 25.*

80 ¶ Et in conventionalibus, Bald. *in l. fin. num. 11. C. de contrah. emption.* Alex. *cons. 115. numer. fin. libr. 4.* Aretin. *cons. 149. numer. 8.* Iason, *cons. 41. circa finem, lib. 3.* Crauet. *cons. 18. num. 9.* Bertaz. *cons. 560. num. 3.* D. Francisc. del Castill. *decis. 150. num. 3.* Seraphin. *decis. 1238. num. 10.* D. Valenç. *cons. 14. n. 18.*

81 ¶ Tobias Nonio, *cons. 111. num. 30.* ibi: *Respondetur, & primò, quod imò vera & communis opinio est, vt à pœna conuentionali excuset iusta causa,* Peña *dict. decis. 845. num. 2.* ibi: *Idem erat iudicium si pactum continebat pœnam conuentionalem, à qua quælibet causa excusat.* Dom. Larrea, *dict. alleg. fiscal. 31. num. 20.* ibi: *Et semper iusta causa excusat a solutione pœnæ conuentionalis.*

82 ¶ Quasi in simili negotio que el presente, Paulus Castren. in *dict. l. qui Romæ, §. duo fratres, num. 5. in medio.* Alex. *num. 5. 6. & 18.* Ias. *num. 17.* Angel. *n. 3.* Bald. *in l. tres fratres 36. ff. de pactis, num. 5. in medio,* ibi: *Et istud est vtile scire pro illo, qui petijt reductionem laudi, & succubuit, quod non teneatur ad pœnam compromissi si habuit iustam causam litigandi.*

83 ¶ Y en terminos indiuiduales de transaccion *aprouada por el Principe,* donde se puso pena, si despues se dixesse contra la transacion, y se mandare guardar, y estar por ella: que sin embargo el vencido, si se le pidiere pueda representar las causas que tuvo para impugnarla, y escusarse de las penas, el mismo señor Mo-

lin.

lin. *de primog. lib. 4. cap. 9. num. fin.* ibi: *Hoc autem in pecunia, vel alia re, quæ occasione transactionis agenti ab aduersario tradita est, procedit. Non autem in pœna ex transactione promissa: ea namque non nisi lite iam diffinitiue decisa peti poterit. Imò nec super illam soluere tenetur agens si in lite succumbat: sed ab eius solutione excusabitur, si habuit iustam causam litigandi.* Conque ocurriendo a ellas, hallarèmos las que se advertiran.

Causas, que excusan a el Marques de la pena.

84 ¶ La primera, traer a la memoria, que los que otorgaron la transacion fuerõ los Duques de Sesa, y D. Luis Fernãdez de Cordoua, Alferez mayor de Granada (y este el que auia puesto la demanda del Estado) cuyo hecho volũtario en apartarse della por lo q̃ le dierõ, no pudo ofender a el Marques, q̃ ni interuino en la escriptura, es de otra linea, y no fue citado para su celebracion.

85 ¶ *L. peto, §. frater, ff. de leg. 2.* ibi: *Neque tamen ideo sequentium causa propter superiores in posterum lædi debet, l. si quid 22. ff. de liberat. legat.* ibi: *Quia in arbitrio hæredis esse non debet, vt quandocũque conditione existente legatum non debeatur.* Facit etiam, *l. cum filius, ff. de militar. testam.* ibi: *Quia hæreditati quidem suæ miles, quam vellet substitutionem facere potest, verumtamẽ alienum ius tollere nõ potest.*

86 ¶ Et in transactione, *l. 3. ff. de transact.* ibi: *Priuatis pactionibus non dubium est, non lædi ius cæterorum, l. 2. C. res inter alios acta,* ibi: *Inter alios factam transactionem, absenti non posse facere præiudicium, notissimi iuris est.* Melior text. *in l. vni. C. si in comm. eademq; caus. in integ. rest.* ibi: *Soror vestra, vobis non mandantibus, neque ratam transactionem habentibus, de iure vestro quidquam minuere potuit.* Greg. Lopez, *in l. 10. tit. 26. part. 4. glos. magna, col. 5.* Anto. Gom. *in l. 40. Tauri, num. 86.* Dom. Molin. *de prim. lib. 4. cap. 9. num. 7. 10. & 11.* vbi Add. multos congerunt Dom. Salg. *de Regia protect. 4. part. cap. 8. num. 339.* Noguerol *alleg. 28. num. 26.*

87 ¶ Quæ transactio licet à Principe confirmata, todavia juzgarian los Abogados del Marques, quẽ pusieron la demanda, que tratando de suceder como varõ agnato, descendiente legitimo de los Fundadores con llama-

llamamiento especial, con que se hallaua mirando su intento a conseruar la voluntad, no auia podido su Magestad alterarla, priuãdole de su derecho, aunque fuesse futuro, en falta de la linea del que transigiô.

88 ¶ Ora fuesse la institucion por escritura de donacion, ex *l. si donationem 5. C. de reuoc. donat.* ibi: *Si donationem ritè fecisti, hanc authoritate rescripti nostri, rescindi non opportet.* Ora por testamento, *l. si testamentum 10. C. de testam.* ibi: *Si testamentum in refactum sit, & hæres sit capax, authoritate rescripti nostri rescindi non opportet, auth. de nuptijs, col. 4. cap. 2.* vbi Imperator sic: *disponat testator vt dignum est, & sit lex eius voluntas.* Et prosequitur illic: *Nullo valente citra eius voluntatem, neque si sacram impetret formam.*

89 ¶ Porque el Principe nunca es visto tener intencion de hazerlo sin consentimiento del interessado, *l. 2. ff. de natalib. restituen.* ibi: *Ideoque Imperatores non facile solent quemquam natalibus restituere.* En cuya explicacion Pinel. *in rub. C. de rescind. 1. part. cap. 2. nu. 17.* dicit: *Non facile solent, accipitur, pro nõ possunt, vel non debent.*

90 ¶ Tambien lo prueuan la *l. 5. eodem tit.* ibi: *Patrono consentiente debet libertus ab Imperatore natalibus restitui*; y dà la razon, ibi: *Ius enim patroni hoc impetrato amittitur.* Y lo auia antes dicho con mas claridad en la *l. 4.* antecedente, ibi: *Neque filio Patroni inscito libertus natalibus suis restitui potest. Quid enim interest ipsi Patrono, an filijs eius fiat iniuria?*

91 ¶ Dom. Molin. *de primoge. lib. 3. cap. 3. num. 27.* ibi: *Sed quamuis opinio illa, quod scilicet Princeps etiam absque causa legitima, & citatione substitutorum, posit illis in iure ad maioratus successionem in spe quæsito præiudicare, à pluribus communis appelletur: Mihi autem contraria opinio verior, atque probabilior semper visa fuit. Non enim eius sententiæ vnquam esse potuit, vt Principi eam potestatem tribuãt, quæ absque peccato, atque quadam tyramnidis specie exerceri nequeat.*

92 ¶ Alter Molin. *disp. 174. conclus. 7. ad finem,* hisce verbis: *Neque contractus semel rite factos, neque vltimas voluntates, dispositionesque defunctorum in*

priua

priuatorum commodum, quæ legitimè factæ sunt, ac testatoris morte confirmatæ, posse per Principem mutari, neque quemquam per eum posse spoliari; iure etiã ad rem virtute talium contractuum, ac dispositionum comparato, quoniam id totum contra ius est naturale, & septimum præceptum Decalogi.

93 ¶ Resolucion calificada por muchas leyes Reales, que son *l.* 1. & 2. *tit.* 14. *lib.* 4. *Recopil.* y añade la *l.* 3. illic: *Aunque se diga proceder de nuestro proprio motu, y cierta ciencia, y poderio Real absoluto: mas q̃ las cartas que fueren entre partes sobre negocios de personas priuadas, vayan llanamente, y segun el estilo acostũbrado, y q̃ de derecho deuen ir; Por manera q̃ por ellas no se haga, ni engendre perjuyzio a otro alguno.*

94 ¶ La segunda, porque tambien considerarian los tales Abogados, que por lo menos sin oir al Marques en justicia, no era posible impedir el ingresso de su demanda con solo oponerle en fuerça de perentoria la transaccion, pues aun a los mesmos que las otorgan, no se les deniega la Audiencia, Bald. *in l. rescripta, nu.* 12. *C. de precib. Imper. offeren.* & in *l.* 1. *ff. de const. Princip. num.* 3. Inocen. *in cap. quæ in Ecclesiarum de constit. numer.* 3. multa congerit Petra *de potestat. Princip. cap.* 25. *à num.* 73.

95 ¶ Antes se procede adelante mandando responder, conociendo de la justicia principal a vn mesmo tiempo, glos. & D. D. in *l. nam, & postea in princip. de iure iuran.* vbi Iason, *num.* 22. *l.* 5. *tit.* 10. & *l.* 10. *tit.* 3. *part.* 3. ibi: *Que no se debe el juzgador detener por ellas de ir adelãte por el pleyto principal.* vbi Greg. Dom. Molin. *de primog. lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 41. & prosequitur, *numer.* 42. illic: *Sicque communis stylus in Regijs Conuentibus inualuit, vt indistintè proposita exceptione litis ingressum impediente in vim dilatoriæ, & petita super illa pronuntiatione, fiat prouisio, vt pars illam proponens litem contestetur, reseruata exceptione in illud tempus, quo negotium principale diffinitiuè dicẽdũ est.* Paz *in praxi in initio operis, n.* 5.

96 ¶ La tercera, porque a el tiempo que en nombre del Marques se puso la demanda, era menor de 20. años, y como tal se siguiò la causa cõ curador ad litẽ en todas instãcias, y no auia sucedido en los lugares de la

Taha de Orxiuã, y renta que por la trãnsaccion se sacò del estado, y lo possey ô el Marques don Antonio su padre, y ni aun tendria noticia de las condiciones, y penas de lo pactado, y assi qualquier acto perjudicial no le pudo ofender, *l*.3.§.*& si heres*,*ff. de minorib. l. qui contra C. de incest. nupt.* Bald. *in l. pupillorum ad fin. C. de repud. hæred.* Aretin.*cons*.67.*num*.8.*in fin*. Paul. Castr.*cons*.47.*lib*.2.Cephal.*cons*.353.*num*.24.*lib*.3. Menoch.*cons*.425.*num* 17.*&* 1011.*numer*.8.Surd. *decis*.216.*à nu*.18.Sfortia Odd.*de restit.part*.2.*quæst*. 82.*art*.6.*à num*.59.Idem,*cons*.79.*num*.43.Mier.*de maior*.2.*part.quæst*.4. *illat*.8.*num*. 162.Dom.Castill.*lib*.5.*cap*.127.*num*.26.Fontanel.*tom*.2.*clausula* 6.*glos*.3.*part*.4.*num*.38.

97 ¶ La quarta, porque està prouado con muchos testigos que quien fomentô la introduccion del pleyto, puso la demanda, lo siguiô, costeò, y personalmente assistiò en Madrid a su defensa, fue el Marques dõ Antonio, en cuya potestad residia esta parte, sujeto a su voluntad, sin fuerças para emprender accion tan grande, por no gozar mas renta que vnos cortos alimentos, conque aun no podia passar sin serle possible repugnar el nombrar curador ad litem, como menor de 20. años, para que se actuase en su nombre, y auiẽdoselo mandado su padre, le fue preciso obedecer, necessitando tanto de su gracia.

98 ¶ Senec. *Epist*.97. ibi: *Paret potiùs, quàm assentitur, qui alieno subest imperio, neque tam illum ex animo, quam quia necesse est sequitur.* Licet el precepto fuesse injusto. Idem Senec. *de benef. cap. fin.* ibi: *Parẽtibus meis parui, cessi Imperio eorũ, siue æquum, siue iniquum fuit.*

99 ¶ Y mas siendo vn Cauallero rigido, seuero, y de condicion aspera, cuyos preceptos, ò ruegos para cõ los hijos se juzgã por actos violẽtos. Quintil. *declam.* 181. ibi: *Rogo dixit, imò iubet, non sunt enim preces, vbi negandi libertas non est.* Cornel. Tacit. *lib*. 14. *annal.* ibi: *Suasio ab eo, qui iubere potest, vim necessitatis affert.* deducitur que ex *l*. 1. *ff. de seruo corrupto, l. eum qui, C. de apostatis.* Felin.*cons*.14.*num*.8. Hond. *cons*.29.*sub num*.36.*lib*.1.Alex.Ludouis.*decis*.326.*n*. 12. illic: *Accedit, quod Marchio, vt dicunt testes, erat*

asper,

aspet, & seuerus, quæ qualitas in persona cui debetur reuerentia est multum considerabilis. Et prosequitur, *num.* 13. ibi: *Persuasiones, quando sumus in persona, cui debetur reuerentia; iustum metum incutiunt, & vim coactionis habent.*

100 ¶ Y aunque se ha replicado por parte de el Duque, diziendo ser heredero el Marques del dicho don Antonio Fernandez de Cordoua su padre. Lo que para esto presentô, fue vn testimonio de pedimiento, que hizo ante la justicia Ordinaria, para que se hiziesse invẽtario, y se citassen sus hermanos, como interessados.

101 ¶ Pero consta de testimonio, que en prosecucion del juyzio, auiendo constado de los bienes que dexò, y salido muchos acreedores, vno dellos, y como tal fue el dicho Marques don Luys por cierto credito, contra los bienes libres de su padre; conque tiene repudiada su herencia, assi por este medio, ex *dict. leg. vt debitum 5. cum l. sequenti, C. de hæredit. action. & l.* 18. *tit.6. part.6.* & alijs iuribus, sup. *num.* 14. & 15. como expressamente de palabra en este; y otros muchos pleytos que contra su hazienda ay; *dict. l.* 18. *partit.* cuius verba diximus supra num. 14. Fuera de que esta demanda, ni se le puso a el Marques, como heredero de su padre, ni se han citado otros muchos hijos que dexò, ni se à sustanciado por este derecho.

102 ¶ La quinta, y bien principal, porque el tratar de la sucesion del Estado, è impugnar la transaciõ sin embargo de estar confirmada por el Principe, y si esta deue perjudicar a tercero, que no interuino en ella; y si las penas convencionales se podian cobrar: todo esto consiste en puntos de derecho, cuya resolucion tocaua a los Iureconsultos Abogados; y assi lo que en su nombre se hizo, fue ocurrir para el acierto de negocio tan importante a los que en esta Corte a la sazon auia: y los que se resolvieron a poner la demanda, y de quien està firmada, son.

103 ¶ El señor Licenciado Francisco de Alarcon, que el año de 613. lo era desta Corte, en quien asistia lo que dize la *l. vnic. C. de Iustin. C. confirm.* ibi: *Tam doctrina legum, quàm experientia rerum, studioque Reipublicæ indefesso, & l. certi iuris, C. de iudicijs.*

104 ¶ Por cuyas partes conocidas, y aprouadas

en

en su Abogacia, merecio que su Magestad le honrasse en la primera merced, con Plaza de Fiscal en esta Real Chancilleria, en conformidad de lo que dispone el Emperador *in Auth. de iudicibus, §. vetus*, ibi: *Vir spectabilis iam aduocatione dudum complecta, & inter aduocatos Fisci deputatus fuit in iudicē electus*: & alia iura, quæ congerit Dom. Perez de Lara, *de vit. hominis, à num.* 13.

105 ¶ Sin embargo del sentir de Alciato, a quien reprehende Tiber. Decian. *in Apolog. cap.* 19. *à num.* 29. vbi *num.* 32. optimè pro aduocatis integræ consciētiæ, & probitatis exclamat, inquiens: *Quod scient euitare cauillationes, & alias decipulas, quibus aduocati mali vti solent, & omnes insidias pariter facilius effugient.* Mastril. *de magistrat. libr.* 2. *cap.* 12. *num.* 6. Stayb. *q.* 100. *num.* 279.

106 ¶ Y despues llegò a ser del Real, y supremo Cōsejo de Castilla, por concurrir en su persona lo que refiere el text. *in l. vnica, ff. de officio præfect. prætor.* ibi: *Credidit enim Princeps eum, qui ob singularem industriā explorata corū fide, & grauitate ad huius officij magnitudinem adhibentur.* Y supone la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 2. *Recop.* donde hablando de los Señores del Consejo, ibi: *Que sean personas sabias viejos, expertos, y doctos en leyes, y derechos*, & infra ibi: *Y digna cosa es a la Real magnificencia, segun su loable costumbre tener tales varones de Consejo cerca de si, y hazer, y ordenar todas las cosas por Consejo de los tales.* Dom. Valenz. *cons.* 70. *à num.* 60. D. Perez de Lara *de vita homin. cap.* 1. *num.* 58. *&* 59.

107 ¶ Otro fue el Doctor Pelaez de Mierez, a quiē sus obras en los dos tomos que sacò de mayorazgos le dan bien a conocer, y ya se sabe la estimacion, y credito q̄ supone, y merece el autor de libros, por el vtil que dellos se suele sacar, vt 2. *Macha. ad finem*, ibi: *His honoribus digniores habentur, nam sunt velut stellæ in firmamento cœli, & Ecclesiastic. lib.* 2. *cap.* 25. ibi: *Non enim solum sibi laborant, sed omnibus exquirentibus veritatem*, ex multis Lucas de Pen. *in l. mulieres, C. de dignitat. lib.* 12. *num.* 14. ibi: *Dignissimè professores legum sunt, quorum scientia mundus illuminatur, potissime breuiarij, compilatoresque librorum, quod vi-*

gi-

giliarum plenum, sudorisque negotium est, & infra ex Senec. *lib.* 1. *epist.* 8. illic: *Hi sunt qui omnibus gentibus recentes semper edunt, & floridos sapientiæ fructus, è quibus, quia teneris ætatibus doctrinarum abundantia saciantur, optimos habent sapientiæ sensus, instituunt ciuitatibus, & humanitatibus mores, æqua Iura leges, quibus absentibus nulla ciuitas potest esse incolumis. Cum ergo tanta munera à scriptorum prudentia priuatim, publiceque hominibus fuerint præparata, non solum arbitror palmas, & coronas his tribui oportere, sed etiam decerni triũphos, & inter Deorũ sedes eos dedicandos iudicari.*

108 ¶ Iura notabilia congerunt Casan. *in Catalog. glor. mund. part.* 10. *consid.* 28. Rebuff. *de nominat. q.* 21. *num.* 50. Tusc. *lit. C. concl.* 496. Viuio, *decis.* 455. *tom.* 3. *num.* 8. & 9. Mastrill. *de magistr. lib.* 5. *cap.* 4. *num.* 23.

109 ¶ El tercero, *el Licenciado Iuan de Morales*, cuya autoridad, y credito fue biẽ conocida, y para acabar cõ felicidad su vida, en la vejez se retirò al campo de los Martires, junto a el Convento de los Descalços Carmelitas, donde muriò, y premiando sus seruicios el Real Acuerdo, Diò el salario de Abogado de pobres, que exercia â el Licenc. D. Diego de Morales su hijo, oy Alcalde del Crimẽ de la Chancilleria de Valladolid, Cauallero de la Orden de Calatraua, y ponderando las partes de el padre, dize el señor Don Ioseph Vela *dissertat.* 13. *num.* 22. in hęc verba: *Inter alia factum memini cum licenciato don Didaco de Morales, FILIO INSIGNIS ADVOCATI Ioannis de Morales, qui senioriã confectus postquã multis retro annis ex senatus electione aduocationis exercitium laudabiliter exercuit*, &c.

110 ¶ Y ademas fuerõ el Doctor de la Gasca, y el Doctor Susana, y el Licenciado D. Iuan de Valencia, este Iuez del Fisco de la Inquisicion de Granada, y su Reyno, todos de primera clase, y los de mas sciencia, y experimẽtados en esta Corte.

111 ¶ Con que siendo tantos, nihil dubij ser la causa eficaz, y vrgentissima para escusarle de dicha pena. argu. *l. quod si nolit* 31. *§. si mãcipiũ, ff. de ædil.* vbi glos. verb. *medicũ*, Bart. *in l. in bonorũ, ff. de bon. poss.* Bald. *in l. iuris ignorantiam, n.* 5. *C. qui admitti ad bonor. poss.* ibi: *Tu dic quod debet habere consilium cum sapiẽtibus, quia quod à pluribus sapiẽtibus quæritur, facilius inuenitur.*

112 ¶ Alex. in *dict. l. iuris ignorantiam, num. 3.* ibi: *An si ille, qui consuluit peritiores habuit malum consilium, excusetur, & tenet Bart. quod sic, vt ibi per eum. Quod Bald. putat esse verum, dummodo consilium habuerit saltim à duobus.*

113 ¶ Flugosius, in *dict. l. num. 2.* ibi: *Quid autem si mulier consuluerit, & ei malè consultũ sit? Dicit Bart. excusatur mulier secus in eo, qui peritus esset. Et hoc verum dicit Bald. si non vnum tantum consuluit, sed plures, secus si vnum. Et istam sententiam Baldi veram puto. Modò addo vltra Baldum, quando consuluit peritiores, non autem si consuleret iudices grossos.*

114 ¶ Remitiẽdose a algunos destos DD. ipse Mier. *de maior. 1. part. quæst. 51. num. 404.* multa ad casum Giurba, *cons. 34. à num. 18.* vbi *num. 20.* ibi: *Est enim iustissima credulitas, si publico officiali quis credat, vt à dolo, & pœna impunis sit. Farin. quæst. 30. numer. 177. Honde. cons. 105. num. 1. in ijs præsertim, quæ officium eius respiciunt. cap. ad audientiam de præscript. Cauall. cons. 55. num. 10.* vbi plures congerit.

115 ¶ Et sic concludimus, que por tantos, y tan vrgentes fundamentos, y causas como las ponderadas, no parece quedar linage de escrupulo, ni aũ duda de q̃ el Marques se halle libre, y deua ser absuelto de la pena convencional que se le pide.

Daños, intereses, y costas.

116 ¶ Adelantase el discurso por parte del Duque, diziendo, que quando tuviera alguna falencia su demanda, en quanto a la pena convencional, no puede auerla en los gastos, y costas que el Duque don Luys hizo en la defensa del pleyto que el Marques le moviô, pues por las mesmas doctrinas de que nos valemos, se reduce la pena *a el interes*, ex dictis supra *à num. 25.* cum sequentibus.

117 ¶ Y que los ha verificado en esta manera, articulando en la 5. pregũta de su interrogatorio, *que asistiendo en Baena el Duque su padre, le fue precisso passar a Madrid su casa, como lo hizo, donde asistiò personalmente, gastando 6U. ducados mas en cada vn año de diez que durò el pleyto de lo que en su estado necessitaua, portandose con la ostentacion que su grandeza pedia.*

118 ¶ Y en la sexta, *que gastò en salarios de Abogados, Agentes, y Procuradores, y en las juntas, defensas de*

Estra-

Estrados, è informaciones en derecho que se escriuieron, veinte mil ducados, a que satisfacemos multiplicitèr, & concludentèr.

119 ¶ Tùm, no ser parte el Duque para pedirlos por defecto de legitimacion, y no ser heredero de el Duque don Luys su padre, ex dictis supra num. 12.

120 ¶ Tùm, por ser pretension bien nueva, y extraordinaria la de los gastos demasiados en la casa del Duque, hechos en la Corte, quando sabemos que no solo mientras durò el pleyto, pero despues, y hasta su muerte residiò en ella, como lo hazen otros muchos Grandes cerca de la persona de su Magestad.

121 ¶ Quando es notorio que en pleytos, como el q̃ el Marques introduxo (siguiendose en presencia) jamàs se ha visto aya salido condenacion de gastos que hagan los litigantes, ni aun de costas personales, etiam litigando artifices, ò otros sujetos que se sustentan de su trabajo.

122 ¶ Et quod magis est, que aunque la sentẽcia salga con condenacion de costas (etiam en rebeldia) no se entiende de personales, si expressamente no las mencionare, sino tantummodo de las processales, *l. sancimus*, cũ ibi notatis, *C. de iudicijs*, sic pro constanti tenent Bart. *in l. 1. §. hoc autem iudicium, ff. si quis ius dicen. non obtemp.* vbi Alex. *num. 5.* Bald. *num. 8.* Ias. *num. 9.* Afflict. *in constit. Reg. Neap. lib. 2. rubr. 42. per totam.* Cyn. *in dict. l. sancimus, C. de iudicijs in princip.* Cumia *in ritus magnæ Curiæ Siciliæ, cap. 73. nu. 29.* Gail. *lib. 1. obseru. 151. nu. 14. in fine.* Thesaur. *decis. Pedem. 67. num. 5.*

123 ¶ Nostro iure Regio se deduce ex *l. 8. tit. 22. p. 3.* vbi Gregor. Lopez, *glos. 1. in med.* Paz *in prax. tom. 1. part. 1. temp. 21. num. 24. & 25.* Heuia *in curia Phili. 1. part. §. 18. num. 9.* ibi: *Y aunque la condenacion de costas se puede hazer, assi de las processales, como de las personales, en duda se entiende ser hechas solo de las processales, y no de las personales, si no se expressa.* Azeued. *in l. 5. tit. 3. lib. 4. Recop. num. 14.*

124 ¶ Tùm, porque en quanto *a las processales*, que se pretende auer gastado, lo que los testigos dizen, es el primero que se llama *Gabriel Carrillo, Gẽtil-Hombre que fue del Duque don Luys*, dize, *que en salarios de Abogados Agẽtes, y Procuradores, y en las muchas informacio-*

nes en derecho que se hizieron, y despues se recopilaron jũtas, y defensas se gastarian 81ſ. ducados, que la mayor parte passò por su mano.

125 ¶ El segundo, que *le parece se gastarian de cartorce a quince mil ducados, y en gastos extraordinarios, y q̃ assistian a todo, Grabriel Carrillo* (que es el testigo antecedente) *y era el agente principal*, y los demas dizen, *les parece serian de diez a doze mil ducados dichos gastos.*

126 ¶ Desta cantidad, que en todo se reduce *a 81ſ. ducados*, segun testifica el agente principal, que dize los gastò, se deuian sacar *los salarios* de dichos diez años que durô el pleyto de *Abogados, agentes, y Procuradores*, que el Duque tenia situados para la defensa de sus pleytos, y prendados, porque no fuessen contrarios; accion ordinaria de todos los Grandes, de los Titulos, Iglesias, Concejos, y Vniversidades, y aun Caualleros particulares.

127 ¶ Porque aliàs el Duque los auia de satisfazer, y no se comprehenden en las costas (quãdo el negocio fuesse capaz de semejante condenacion, quod abest omnino vt infra apparebit) sicuti en la propria especie, ex *l. inter quos, §. fin. cum l. seq. ff. de dam. infect. l. properandum, §. sin autem ex gestis, C. de iudic.* Gail. *lib. 1. d. obseruat. 151. num. 1.* in hæc verba: *Initio litis clientes consueuerunt esse liberales, suisque aduocatis, & procuratoribus aliquid arrharum nomine largiter dare, vel annum salarium pro nauanda opera durante lite, munificè constituère. Post definitiuam autem sententiam in schedula, siue designatione expẽsarum, inter alias expensas lite durãte factas, etiam huiusmodi arrhas, & multorum præteritorum annorum solutas pensiones ponunt, earumque restitutionem à parte victa, & in expensis condemnata, petunt. Fuit sæpè quæsitum, an harum expensarum ratio in taxatione habenda sit? Conclusum, quod non; eò quod sint delicata, & voluntaria, quarum rationem iudex habere non debet. Quid enim ad partẽ victam, quod victor tam effusè, & splendide expensas fecerit?*

128 ¶ Lo mesmo tienen Thesaur. *dict. decis. 67. numer. 6. in fine.* Paul. Christinæ, *decis. 109. num. 3. lib. 5.* refiriendose ambos a Gail. in *dict. obseru. 151. num. 1.*

129 ¶ Quanto a las informaciones en derecho, dizen los testigos, que fueron munchas las que se hizieron grandes, y costosas, assi en lo que por ellas se diô a los Aboga-

dos

dos, como en las impressiones. Y estas tambien por la exorbitancia de lo que se pide estan sujetas, assi en el numero de las que se han de recebir, como en las ojas, y en la estimaciõ a la tassa de los señores Iuezes, como lo dispone la *l.34. tit.16. lib.2. Recopil.* quam repetit, & exornat D. Petrus de Salced. *ad aliquas leges Regias, fol.96.*

130 ¶ Tum, porque vt cumque sit, y se considere este negocio, hallaremos superflua esta questiõ, viendo que los autos de vista, y reuista del Consejo, y determinacion de mil y quinientas, q̃ definieron la causa, no salierõ con costas, auiendo precedido las peticiones del Duque, Don Luys, dõde de necessidad concluirian; pido justicia, y costas; & sic no auiẽdosele dado, ni hecho reserva sobre ellas, fue visto negarselas.

131 ¶ *Argum. l.4. C. deposit.* deduciturque euidenter ex *l. terminato, C. de fructib. & lit. expens.* vbi Bartoli summarium sic: *Post diffinitiuam sententiam non est de expensis tractandũ, nisi iudex hoc in sententia reseruauit,* Innoc. in *cap. grauis. de restit. spoliat. num.1.* Butri. ibi *in princ.* Baldus in *l. cum proponas, num.4. C. si quis alteri, vel sibi.* Thesaur. *decis.135. num.2. vers. Iu contrarium.* Pereg. *de fideicom. art.49. nu.147. vers. Septima conclus.* plures cõgerunt D. Solorça *de Indiar. iur. tom.2. cap.29. à nu.48.* Noguerol. *aleg.27. à n.58.* quod sufficiens esset.

132 ¶ Tum, porque no era possible condenar en costas al Marques, en la demanda q̃ puso sobre el Estado, quãdo bastauan siendo ciuil, y ordinaria, qualesquier razonables causas para escusarle dellas, *l. qui solidum 80. §. etiã, ff. de leg.2.* ibi: *Neque aliud seruabitur in litis sumptibus, si ratio litigandi non fuerit, l. constitutio 5. C. de fruct. & lit. expens. auth. generaliter, §. & si cõ victus, C. de Episcop. & Cleric.* optima *l.8. tit.22. part.3.* ibi: *Empero si el Iuez entendiere, que el vencido se mouiera por alguna derecha razon, para demandar, ò defender su pleyto, non à porque mandar, que peche en las costas.*

133 ¶ Bart. in *l. Iullianus, verb. duo fratres, ff. de cõdit. indebit. in prin.* Alex. *in l. qui Romæ, §. duo fratres, n.6. & 18. ff. de verb. oblig.* Greg. Lopez in *d. l.8. part. glos. 1. verb. en las costas.* D. Couar. *pract. cap.27. nu.3.* Petr. Barbos. in *l. eum qui temere 79. num.51. ff. de iudic.* Gutierr. *1. pract. quæst.135.* ex multis August. Barbos. in *collect. ad tex. in cap. finem litibus de dolo, & contum nu.6.*

Tùm,

134 ¶ Tùm, porq̃ se califica por suficiente el juramẽto que en la demanda se haze (como en esta se halla) de q̃ no se pone de malicia, *dict.l.8.tit.22.part.3.* ibi: *Y fuesse ya fecha la jura, que dize en latin iuramẽtum de calumnia, que en qualquier destas cossas non deue el Iuez condenar el vencido en las costas que fizo el vencedor, porque todos deuen afirmar, que tales pleytos como estos, aquellos que los demandan, ò que los amparan, que lo fazen a buena fe, cuydando que han derecho de lo fazer, è mayormente, quando la jura sobredicha, es hecha en el començamiento del pleyto,* glos. *in cap. finẽ litibus de dolo, & cõtum. verb. expensas,* glos. *in auth. de iudicibus, §. oportet, collat. 6. verb. solo.*

135 ¶ Greg. Lopez in *dict.l.8. verb. la jura,* Barbos. in *dict. l. eum qui temerè, ff. de iudiciÿs, num.* 14. Amad. Rodrig. *de modo examin. proce. cap.* 5. *num.* 35. D. Nicol. Rodrig. Fermos. *in rubric. de iuram. calumniæ, quæst.* 4. *num.* 8. Curi. Philip. 1. *par.* §. 18. *num.* 9.

136 ¶ Tùm, porque para dezir que vno es temerario litigante, y como tal ser grauado en las costas, necessum est, quod sua authoritate, y sin parecer de hombres doctos, aya entrado en juyzio, *dict. l. eum qui temerè, ff. de iudic. l. properandũ, §. sin autem alterutra, C. eod. l. 8. tit. 3. & l. 8. tit. 22. part. 3.* Gutierr. con otros, *lib. 1. practic. quæst.* 25. *nu.* 3. ibi: *Et tamen ita demun victus victori condẽnatur in expensis, cum temere litigauerit, idest incõsulte, & nullo adhibito consilio.*

137 ¶ De que no puede ser notado el Marques, por cuya parte fue cõsultado, no vn Doctor solo, ô Iurecõsulto de credito, cuyo parecer sufficiens esset para escusarle de las costas, Henrr. Bohic. *in cap. sacro, §. verum. de sentent. excom.* Zauarel. *in clem. 2. de magistris,* Bart. in *l. qui solidum, §. etiã, ff. de leg. 2. n. 1. & in l. in bonor. ff. de bon. poss.* Bald. *in auth. generaliter, C. de Episco. & cler. colum. 3. vers. ex prædictis,* Alexand. in *l. iuris, ff. qui admitti. ad bonor. poss.* Rebuf. in *auth. habita, C. ne filius pro patre, verb. examinat.* Gui. Pap. *decis.* 277. vbi inquit sic vidisse pluries obseruari in Curia Parlamenti, Surd. *decis.* 58. *num.* 9. Menoch. *de arbitr. casu* 177. *lib. 2. nu.* 3. Pacian. *de probat. lib. 2. cap.* 41. *n.* 156. Gutierr. *lib. 1. pract. quæst.* 136. *num.* 2. Mart. *in voto nouis. decis. vot.* 87. *num.* 8. & 9. Barb. *in cap. finem litibus de dolo, & contum. num.* 8. D.

Pich.

Pich. *in §. hæc autem omnia, inst. de pœna temerè litig.*

138 ¶ Nouitèr ex aliquibus proximè relatis, D. Nicol. Rodrig. Ferm. *in repet. dict. cap. finem litib. de dolo, & contu. quæst.* 1. *num.* 5. illic: *Tamen verius est, vt existiment interpretes releuari, communiter ab expensis litigatorem, qui pro se habet opinionem alicuius celebris doctoris, vel vnius Senatoris, quamuis aliorum votis superetur, vel si habuerit consilium Iurisperiti.* Et postea illic; *Nam cum plerumque homines, se iustam causam habere, probabiliter credentes re examinata, & perpensa ad iudicium iuris sui persequendi causa accedant, nil est quod eis imputetur, si posteà propter varia hominum iudicia, & opiniones diuersas sucessu fuerint, & victoria spoliati: esset enim maximè iniquum, si tantam in quouis homine sapientiam requireremus, vt omnes iuris ambages, & communium opinionum pugnas pernoscere possent, certoque scire quid in causa sua sit statuendum.*

139 ¶ Pero se valiò de los seys Abogados, cuyas partes, creditos, opinion, y experiencia, quedan mẽcionados; y por ser tantos, est causa vrgentissima para escusarle de costas. Bart. *in l.* 1. *in princi. nu.* 6. *ff. ad Turpil.* Iason *in l. properandum, §. sin autem alterutra, num.* 8. Alexand. *num.* 13. *C. de iudici.* Paris. *cons.* 7. *num. fin. lib.* 3. Giurb. *cons.* 34. *num.* 18. Menoch. *de recuper. possess. rem.* 11. *nu.* 26. ibi: *Cum præsertim peritiores consuluerit.* Idem Menohc. *de arbitr. casu* 177. *num.* 5. ibi: *Secunda huic similis iusta excusationis causa est, cum hic, qui in lite succubuit, antequam iudicium ingrederetur, habuit consilia Doctorum viuẽtium.* Et iterum prosequitur *n.* 12. & 13.

140 ¶ Que juntas estas con los demas fundamentos, y razones ponderadas, *supra num.* 84. que mouieron a poner la demanda, hazen el caso manifiesto, para escusarle de la tal condenacion; nam propter quod vnumquodque tale, & illud magis, *auth. multo magis. C. de Sacros. Eccles. l. neque ex vera, C. de adquir. possess. l.* 1. *C. de negot. gestis, cap. licet vniuersis, vbi. glos. vers. multo minus de testib. cap. cum in cunctis de electione,* Everard. *loco a maiori, num.* 1. Hugo Celsus *cons.* 35. *num.* 1. Dom. Valenç. *lib.* 2. *cons.* 171. *num.* 66.

*** *Quarta Excepcion.* ***

141 ¶ Representamos tambien el mucho tiempo q̃ ha passado a die contrauentionis. Por que si atendemos a

quan-

quando puso la demanda el Marques sobre el Estado, fue el año passado de 615. si a los autos del Consejo, y sentencia en grado de segunda suplicacion, que los confirmò, salieron el siguiente de 623. y esta demanda, pidiendo la pena convencional, se intenta el año de 46. Por manera, que eran cumplidos mas de veynte y tres años, desde la determinacion del Consejo, en que se mandò passar por la transaccion.

142 ¶ De que resulta, que pues a lo summo que puede estentenderse el intento del Duque, viene a ser, que con el hecho de mouer el pleyto contra ella, quedô el Marques obligado a la satisfacion de la pena convẽcional, daños, y costas: esta viene a ser vna accion personal, la qual se prescribe iure nostri Regni (a que se ha de estar) por espacio de veynte años.

143 ¶ *L.63. Tauri, quæ est l.6. tit.15. lib.4. Recop.* ibi: *Y la accion personal, y la Executoria dada sobre ello, se prescriua por veynte años, y no mas*, quam exornant, & sequuntur Couarruv. *in reg. possessor, 2. part.* §.11. *num.2.* Gregor. Lopez *in l.22. tit.29. gl∫.1. part.3.* Didac. Perez *in l.3. & 4. tit.13. lib.3. Ordinamenti*, Anton. Gom. *in d. l.63. Taur.* Parlador. *lib.1. rer. quotidian. cap.1.* §. 11. & 12. *num.1.* Menchac. *de succes. creat.* §.10. *num.* 28. Azeued. *in dict. l.6. num.42.*

144 ¶ Quod etiam procedit, aunque el Marques supiera que los deuia, dummodô no ay sentencia por la qual fuesse condenado a la paga de dichas penas. Felin. & Pan. *in cap. fin. de præscript.* Couarruv. *in 4. Decret. 2. part. c.6.* §.8. *nu.16.* Pat. Molin. *tom.1. disput.66. num.* 3. Barbos. *de præscript. in l. sicut 3. C. de præscript. trig. vel. num.* 69. *pag.* 404. Azeued. *in l.6. tit.15. lib.4. Recop. n.* 14.

145 ¶ Porque la omission en pedirlas en tanto tiẽpo, le excluye no poder despues intentarlas, *l. sciendum*, §. *fin. ff. de ædilit. edict. l. fin. C. de dolo, l. vltim. C. de temp. in integr. restit. princip. Instit. de perpet. & temp. action.* D. Couarruv. *in regul. possessor. 2. part.* §.11. *num.* 5. Menoch. *de recuper. remed.* 15. *num.* 187. Pater Molin. *disp.* 66. *in princ.* D. Amaya *in l. iustas 6. C. de iure fisci, lib.10. num.23.*

En quanto a la parte del Fisco.

146 ¶ La mesma razon corre en los 20ꝧ. ducados que se aplicaron a la Real Camara (quando se deuieran, fal-

tando

tando las excepciones antecedentes, quod non est credendum) por no auerse pedido en el tiempo estatuido por Derecho, *l. iustas 6. C. de iure fisc. lib.* 10. ibi: *Iustas etiam, & quæ locum habent, fisci actiones præcipimus concremari; ob hoc solum, quod suis temporibus prolatæ non sunt.* Vbi Accurs. verb. *vt iam, l. 2. & 3. ff. de requir. reis, l. 1. §. Diuus, ff. de iure fisci.* Bart. *in dict. l. iustas, num.* 3. ubi Platea *num.* 2. vers. *Post actionem.* D. Amaya *in repetitione d. l. iustas, n.* 11. vbi plures congerit.

147 ¶ El mayor transcurso que a fauor de el fisco se puede dar, para prescriuir contra el (no tratandose de Regalia, ni de quitarsele bienes que estè posseyendo, ò aya adquirido, en que corre diuersa razon, vt optimè D. Amaya *in dict. l. iustas, num.* 16. & 17. sino de derecho que pueda introduzir en juyzio, como el de esta pena) es de veynte años, asi lo disponen la *l. in omnib*⁹ 13. *ff. de diuers. & tempor. præscript.* illic: *In omnibus fisci quæstionibus, exceptis causis, in quibus minora tempora seruari specialitèr constitutum est, viginti annorum præscriptio custoditur. l. 2. & l. 3.* ibi: *Quamcumque enim quæstionem apud fiscum (si non alia sit propria præscriptio) viginti annorum silentio præscribi Diui Principes voluerunt. ff. de requirend. reis.*

148 ¶ Tenentque communitèr scribentes, præcipuè Peregrin. *de iur. fisc. lib. 6. tit. 8. num.* 32. Alfar. *de offic. fisc. glos. 16. num.* 178. vbi concludit sic: *Generaliter autē duo notabilia collige in præscriptionibus fiscalibus; alterū vt nisi minus tempus expresse constituatur, viginti annis præscribitur contra fiscum, l. in omnibus, ff. de diuers. & tempor. præscript.*

149 ¶ Dom. Amaya *in dict. l. iustas à num.* 13. *cum seqq.* & postea *nu.* 29. ibi: *Sed cum lex nostra fiscum tempore excludi statuerit, nunc quantum temporis ad hoc necessariū sit opportunè quæri debet, vt fiscus actiones deperdat; nam hoc diuersimodè in iure scribitur. Cum viginti annis perimi actiones doceamur.* Y auiēdo discurrido por algunos particulares concludit *num. fin.* ibi: *Exceptis vero his causis, in quibus minora tempora custodire specialitèr statutum est, viginti annorū præscriptio custoditur.*

150 ¶ Sin que impida la corriente desta resolucion aduertir, que no han tenido noticia de la determinacion

del Consejo los Fiscales de su Magestad, que lo han sido en esta Chancilleria, ni se les ha hecho saber, conque no ha corrido el tiempo hasta aora que puso la demanda el Duque, *l.4.ff.de requir.reis*, ibi: *Annus, exinde computandus est, ex quo ea adnotatio facta est, quæ, vel edicto, vel etiam literis ad magistratum factis publicè innotuit, ergo, & viginti annorum tempus exinde fisco numeratur, ex quo annotario publice innatuit.*

151 ¶ Lo vno, porque este testigo habla en el procedimiento contra los Reos, rebeldes para la excepcion de las penas en que fueron cõdenados, *& cum annotatio publice innotuit*, para que les corra el año fatal, desde entonces tambien corren contra el fisco los 20. años, para poder las intentar, sicuti deducitur ex *l.1.* vbi *glos.* verbo, *requirendus, & l.2. & 3.ff.eodem tit. de requir.reis*, & ex glos. in *dict. l. annus.*

152 ¶ Sin ser necessario requerimiento, citacion, ni otra diligencia, mas que auer salido la determinacion del Consejo, que mandô guardar la trãsaccion para el transcurso de los 20. años, porque el fisco, quatenus ad præscriptionem està presente en todas partes, *glos. in l. notum* 1. *C.de quadriena.præscript.* illic: *Cum fiscus vbique præsens*, vbi Bald. *num.*2. Capell. Tolosan. *quæst.* 988. *in addit.ad Mascard.de probat.conclus.*806.*num.*7. Pereg. *de iure fisci, lib.*1.*tit.*1.*num.*42. Guillerm. Rodean. *de spolijs quæst.*14.*num.*66. ibi: *Fiscus regulariter vbique esse præsumitur, & semper, & vbique præsens, vnde non potest dici absens, & merito, non obstat obiectum.* Alfar. *de offic. Fis.glos.*18.*num.*15. ibi: *Sed contra hoc videtur fiscum semper præsentẽ esse, neq. posse allegari absentem, sed illud que ad præscriptionem procedit.*

153 ¶ Lo otro, porque dicha inteligencia, legal, y expressa de la *l.*1.§.*diuus, vers. Præscriptio, ff.de iur.fisc.* illic: *Præscriptio autem viginti annorum, quæ etiam circa requirendorum annotatorum bona obseruatur, ex constitutione Diui Pij Anto. solet ex eo numerari, ex quo quod ad fiscum pertinere potuit*, vbi glos. verbo, *Diuus*, ibi: *Si autem bona vacent fisco, nõ tamen sunt nuntiata, tunc possessor præscribit viginti annis à die quo cœperunt vacare.*

154 ¶ Deduciturque etiam ex d.glos. in *l.notum, C. de*

de quadrien.præscript. verb. *continuum*, ibi: *Si autem ante denuntiationem velit computari tempus, tunc viginti anni sunt necessarij.* Bart. *in l. in omnibus* 13. *ff. de diuers. & temp. præscript.* vbi addit. *lit. C.*

155 ¶ Pereg. *de iure fisci, lib.* 6. *tit.* 8. *num.* 32. ibi; *Secunda conclusio in quærendis, necdum fisco denuntiatis, delatis tamen præscribitur aduersus eum in omnibus causis spatio viginti annorum, nisi ex legibus minora tẽpora sint constituta.* Alfar. *de officio fiscal. glos.* 16. *numer.* 178. *in fin.*

156 ¶ Lo tercero, porque absque scientia currit præscriptio contra fiscum, segun la mas corriente sentencia, veluti cum Alex. in *l. eum qui, §. in popularibus, ff. de iur. iur.* Ruin. *cons.* 27. *num.* 5. *vol.* 4. Hyppolit de Marsil. *in praxi crim. §. constante, num.* 85. Iul. Clar. *in prax. §. fin. quæst.* 51. *num.* 5. Paris. *cons.* 169. *num.* 11. *lib.* 4. Tiraq. *de retract. lignag. §.* 35. *glos.* 4. *num.* 18. Petr. Barbos. *in l. sicut, C. de præscript.* 30. *vel* 40. *num.* 218. Farin. *de delict. quæst.* 10. *num.* 12.

157 ¶ Christophor. Torniel. *cons.* 84. *num.* 49. ibi: *Quod tempus est continuum, & currit etiam ignoranti, & etiam quod crimen stitisset occultum, neque ad fisci notitiam deuenisset, secundum communem opinionem.*

158 ¶ Noguerol *allegat.* 12. *à num.* 141. *vbi n.* 143. ibi: *Et vt currat præscriptio, scientia fisci necessaria nõ est, vt pluribus relatis Bucaron in tractat. de different. differ.* 174. *num.* 4. *pag.* 339.

159 ¶ Y son en nuestro sentir expressas la *l.* 10. *tit.* 16. *lib.* 5. y en las penas convẽcionales la *la l.* 3. *tit.* 26. *lib.* 8. *Recopilat.* de las palabras que pusimos arriba *num.* 8. q̃ asignan vn año tantummodò despues de auer incurrido en ellas.

160 ¶ Lo quarto, porque aduersus hanc præscriptionem capite ignorantiæ non datur fisco in integrum restitutio, por ser derecho penal, *l. auxilium. ff. de minor.* ibi: *Auxilium in integrum restitutionis in executionibus pœnarum paratum non est.* Sforcia Oda *de in integr. restit. p.* 1. *quæst.* 3. *num.* 83. Villalob. *commun. opin. vers. restitutio, num.* 43. Farin, *quæst.* 25. *à num.* 165. vbi de cõmuni Guazin. *de confiscat. bonor. conclus.* 19. *num.* 13. ibi: *Quãdo ius confiscandi est præscriptum, vt neque fisco aduersus*

hanc præscriptionem detur restitutio in integrum, text. *in l. auxilium, & c.* Bucar. *dict. differ.* 174. *num.* 4.

161 ¶ Gregor. Lopez *in l.* 5. *tit.* 7. *part.* 7. *gloss.* 2? verb. *veynte años*, ibi: *Et curret istud tempus etiam ignoranti, & neque poterit implorare beneficium restitutionis.* Noguerol *dict. allegat.* 12. *num.* 144. ibi: *Et contra lapsum temporis præscriptionis nõ conceditur fisco in integrum restitutio.* Vbi aliquos ex præfatis D.D. refert.

162 ¶ Ex quibus infertur, que està sola excepcion era bastante para absoluer a el Marques, pues no se avrâ hucusque visto, ni oido, que despues de 23. años se aya iutroduzido juyzio, pretendiendo cõdenacion (no de pena cõvencional, quæ in desuetudinem abijt, segun el sentir de tantos Doctores, como van mencionados à num. 27. que testifican de sus tiempos en los Tribunales, y Consejos, donde exercieron sus oficios, a quienes se deue creer, vt asserunt Bart. *in l. de quibus, num.* 11. *ff. de legibus.* Decius *in l.* 2. *§. mutui datio, columm. fin. ff. si certum petatur.* Curtius Sen. *cons.* 74. *num.* 24. Crauet. *cons.* 325. *num.* 1. Torniol. *dict. cons.* 84. *num.* 45. ibi: *Nam alias Doctori attestanti de consuetudine credendum est.* Mascard. *conclus.* 529. *num.* 6. Bursat. *cons.* 43. *num.* 57. Gabriel *de probat. cõclus.* 4. & passim omnes.) Si no de otras qualesquiera, tocantes a la Camara, quando para su remission, si intra terminum no se pidieren, el Derecho se muestra tan fauorable, que lo asigna, bien corto, y limitado, para que en el corra la prescripcion, ex tot iuribus congestis â Dom. Amaya *in dict. l. iustas, à num.* 29. *C. de iure fisc. lib.* 10. Alfar. *de officio Fiscal. glos.* 16. *à num.* 171. *cum sequentibus, & dict. l.* 10. *tit.* 16. *lib.* 5. *& l.* 3. *tit.* 26. *lib.* 8. *Recopilationis.*

*** *Quinta Excepcion.* ***

163 ¶ Quando de tantos fundamentos como dexamos aduertidos, todavia resultasse alguna duda in conflictu illius deuia vencer el Marques, siquidèm se halla Reo demandado, ex textu *in l. fauorabiliores, ff. de reg. iuris, l. Arrianus, ff. de obligat. & action. l. absentem, ff. de pœnis cap. ex litteris, §. quod si, de probationib. capit. inter dilectos* 6. *in fine, de fide instrumentor. cap. cum sint* 11. *de reg. iuris in* 6. *cum vulgatis.* Menoch. *de præsumption. lib.* 2. *præsumpt.* 90. *nu.* 1. ex multis D. Valençuela Velazquez *cons.* 112. *n.* 103. *& cons.* 181. *n.* 64.

Y en

164 ¶ Y en quanto a el fisco, ex *l. non puto*, ibi: *Non puto delinquere eum, qui in dubijs quæstionibus contrà fiscum facilè responderit, ff. de iure fisci.* Cuya verdadera inteligencia consiste en que quoties el fisco trata de lucro captãdo, sicuti in præsenti; en que el Marques sea condenado por auer intentado el pleyto; sobre el estado en los 200J. ducados de la pena convencional; *l. commissa, ff. de publica; & vectig.* Bald. *in l. quid ergo, §. pœna, num.* 36. *de his qui notant. infam.* Alex. *in l. cum mulier, num.* 10. *ff. solut. matrim.* Laderch. *cons.* 6. *num.* 2. & alij congesti à Dom. Valenç. *cons.* 39. *num.* 57. ibi: *Et cum fiscus tractet de lucro captando propter culpam, quæ tribuitur dicto Didaco, quia acquisitio fisci ex delicto descendens, dicitur lucrosa.* Tunc, la determinacion ha de ser contra el, y a fauor del Marques, qui agit de damno vitando, escusandose de dicha pena.

165 ¶ Sic distingunt, & tenent in terminis, ex *l. fin. §. si vero; C. de iure delib. l. obligatione, ff. de pignor. act. l. quod autem, §. si quis, ff. quæ in fraudem credit.* Cuman. *in dict. l. non puto, num.* 1. Angel. *in l. sciendum, ff. de appell. in princip.* Aretinus *in §. fin. Inst. quibus modis testam. infirm.* Gramm. *voto* 10. *num.* 30. Craueta *cons.* 6. *num.* 128. Alciat. *cons.* 67. *numer.* 9 *lib.* 9. Menoch. *lib.* 2. *præsumpt.* 90. *nu.* 15. Pereg. *de iure fisci, lib.* 7. *tit.* 3. *n.* 45.

166 ¶ Ex nostris Auend. *de exeq. cap.* 2. *num.* 12. Mesia *ad l. Toleti* 2. *part. fundam.* 23. *num.* 48. Rodrig. Xuar. *cons.* 10. *num.* 39. Dom. Couar. 1. *var. cap.* 16. *num.* 1. Simãc. *de catholicis instit. tit.* 9. *num.* 91. Baeza *de decim. tutor. cap.* 9. *numer.* 5. Gutier. *de iuram. confirm.* 1. *part. cap.* 16. *num.* 68. D. Valenç. Velaz. *d. cons.* 39. *à num.* 57. *cum seqq.* Alfar. *de officio fiscal. glos.* 16. *nu.* 116. & 117.

167 ¶ Cõ que a todos visos que se mire este negocio, hallaremos la defensa de el Marques asistida de grauissimos fundamentos de justicia, ademas de la equidad, para que en consideracion dellos se determine a su fauor, como lo esperamos. Salua in omnibus. V. D. C.

L. D. Iuan de Herrera Pareja.